

Tilburg University

De roep van de haring-ekster

van Roermund, G.C.G.J.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
1993

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Roermund, G. C. G. J. (1993). De roep van de haring-ekster: Over open normen en scherpe regels. *Nederlands Juristenblad*, 68(32), 1142-1146.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De roep van de haring-ekster.

Juristen filosoferen meer dan ze denken maar niet als ze denken dat ze filosoferen, vindt schrijver. Toch werd in de 'controverse' tussen Van Dunné en Barendrecht in dit blad een begin van een probleem gesteld dat filosofisch de moeite waard is: het gaat niet om rechtszekerheid tegenover billijkheid, maar om twee manieren om over het primaat van de billijkheid te denken zonder dat de rechtszekerheid erbij inschiet. In zijn nieuwste boek verklaart Habermas dit vraagstuk tot kernvraag van de rechtstheorie.

De 'controverse' tussen Van Dunné en Barendrecht in NJB 8 juli 1993 heeft allerlei aardige en minder aardige kanten. Als partijje vrij worstelen is het best om te genieten. Als didactische oefening ook nog wel: je schijnt tegenwoordig de lange-halen-gauw-thuis-stijl van de cassatie-advocaat te moeten gebruiken om althans een minimum aan theorie te kunnen slijten, dus ik kan daar veel van leren. Aardig is ten derde dat de discussianten betreffende hun eigen en elkaars standpunt een aantal opmerkingen maken die nadere overdenking meer dan waard zijn. Tenslotte: hoe meer rechtsgeleerden er zijn die – al is het maar vijf minuten – een blik over de schutting van hun vakgebied werpen, hoe groter de geestelijke volksgezondheid in de betreffende samenleving. Het minder aardige weegt tegen dit alles niet op, al wil ik het niet verhelen: het kost mij altijd toch enige moeite om mijn vak geportretteerd te zien als iets dat je er tussen de soep en de aardappels even bij doet.

Om de zon zo uitbundig mogelijk in het water te laten schijnen, richt ik me op het derde aspect dat ik aardig vond: de twee visies op de rol van 'redelijkheid en billijkheid', in feite een nieuwe ronde van het debat tussen normatieve toerekening versus derogerende werking van de billijkheid. Het lijdt geen twijfel dat dit debat ook in deze ronde weer voor geen millimeter is opgeschoten en dat dat ook niet zal gebeuren zolang er niet een aantal onderscheidingen wordt ingevoerd dat duidelijk maken waar we

Bert van Roermund is hoogleraar rechtsfilosofie aan de Katholieke Universiteit Brabant en redacteur van Current Legal Theory

Over open normen en scherpe regels

het over (willen) hebben en waarover niet. Gaat het over methode of gaat het om kennistheorie? Indien dat laatste, gaat het om een dualistisch of een dialektisch rechtsbegrip? Indien dat laatste, gaat het om een monologische of een dialogische dialectiek? Ik heb er geen behoefte aan – al lijkt het misschien zo – om met een wijsgerige lat de maat te nemen van de discussie. Ik probeer alleen datgene wat rechtsgeleerden aanzien voor een theoretisch idioom te vervangen door iets dat hen misschien meer mogelijkheden biedt om te zeggen wat ze zouden willen zeggen. Want ik blijf erbij: juristen filosoferen meer dan ze denken, maar niet als ze denken dat ze filosoferen.

Probleem

Het is het oude liedje. De voorstanders van 'normatieve uitleg' krijgen sinds jaar en dag te horen dat ze interpretatie omwisselen tegen beslissingen van eigen vinding, waarvan ze niet alleen claimen dat ze redelijk zijn, maar ook nog dat ze in de van toepassing zijnde norm te lezen waren. Op die manier zetten ze onder het mom van redelijkheid de wet of het contract aan de kant (en naar hun hand). De voorstanders van 'derogerende werking' krijgen ongeveer hetzelfde te horen: als je in naam van de billijkheid de gelding van een regel niet erkent, dan zet je in feite evengoed de wet aan de kant (en naar je hand) wanneer dat zo uitkomt. Dus de gebondenheid aan de wet is in beide gevallen het kind van de rekening. Voeg daar nog bij dat alle betrokkenen in de discussie het erover eens zijn dat het voor de praktijk van de rechtsbeslissing geen jota uitmaakt of je nu volgens het ene of het andere patroon denkt. Moet je dan niet vaststellen dat zowel op het diepste theoretische niveau als op het hoogste praktische niveau de beide doctrines lood om oud ijzer lijken te verkopen? Dus – afgezien van de juridische komkommertijd – waar maakt men zich eigenlijk druk om? Dat is inderdaad het eerste probleem dat we moeten ophelderen.

Van Dunné bekend dat hij met de tegenstelling rechtszekerheid – billijkheid altijd moeite heeft gehad. Want: 1) ook billijkheidsstandpunten hebben hun systematiek, dus hun voorspelbaarheid; 2) billijkheid is in de wet als systeem geïntegreerd, dus is reeds onderdeel van de waarborg der rechtszekerheid; 3) billijkheidsdenken leidt tot even scherpe, eenduidige, rechtlijnige beslissingen als systeem-denken. Zijn conclusie: rechtszekerheid en billijkheid vormen '(...) een conceptuele tweeling (...), met Siamese ondertonen omdat zij niet zonder elkaar kunnen'.

Aan Barendrecht is deze metaforische overdaad niet besteed, tenzij om de collegezaal plat te krijgen: zo'n conceptuele tweeling is een haring-ekster. Het is een synthese die de tegenstelling verdoezelt om haar bij de eerste de beste gelegenheid te laten terug-

keren. Natuurlijk, zegt Barendrecht, gaat het om 'billijkheid boven alles'. Maar die wordt het best gediend doordat rechters en wetenschappers blijven proberen stukjes billijkheid telkens in zo scherp mogelijke regels te vangen. Op die manier wordt verworven kennis over billijke oplossingen opgeslagen, want in Barendrecht's ogen is een regel '(...) een theorie over de rechtvaardige oplossing voor [een bepaald soort] gevallen.' Daarmee kan des te helderder worden waar, wanneer en waarom er behoefte is aan verbetering en hoe die kan worden bereikt in continuïteit met het geldende recht.

Op deze wijze is in ieder geval het begin van een probleem gesteld dat de moeite waard is: het gaat niet om rechtszekerheid tegenover billijkheid, maar om twee verschillende manieren om over het primaat van de billijkheid te denken zonder dat de rechtszekerheid erbij inschiet. Dat dit ook in filosofische ogen een serieus probleem voor het moderne recht is, mag blijken uit het feit dat Habermas het in zijn nieuwste boek tot kernvraag van de rechtstheorie verklaart.¹

Diagnose

Als het debat zou gaan over de methode van rechtsvinding in alledaagse zin (laten we dat met een duur woord 'methodologie' noemen), is er voor de opvatting van Barendrecht een heleboel te zeggen. Laten we in godsnaam voorkomen dat rechtenstudenten opgroeien met de gedachte dat ze onder het slaken van de kreet 'redelijkheid en billijkheid' het onrecht in de wereld te lijf kunnen gaan. Stoplappen als 'de omstandigheden van het geval' zijn zo groezelig dat ze elke wond in de samenleving infecteren. Overigens kan men die typisch juridische, 'dogmatische' methode (in de klassieke zin) – voortdurende scherpstelling van gevestigd praktisch weten in confrontatie met nieuwe gevallen – heel geriefelijk bij Aristoteles lezen en hoeft men er echt geen analogie met de wetenschapstheorie van Popper bij te halen.² Ten onrechte wordt Schoordijk altijd weer afgeschilderd als iemand bij wie je zulke enormiteiten in colleges en op tentamens moest debiteren. In werkelijkheid was er geen geheidere manier

1. Habermas, Faktizität und Geltung. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, p.238v.v.

2. Voornamelijk de *Topica*. Voor precieze referenties en verdere uitweidingen is nagenoeg uitsluitend de veel te weinig gelezen studie van M. Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt a.M., Klostermann, 1981.

om 'af te gaan' (een term die overigens alleen het gevoel van de student, niet de intentie van Schoordijk beschrijft), want je moest er altijd precies bij vertellen welke gezichts- en meetpunten in het gegeven geval doorslaggevend (dat wil zeggen: universaliseerbaar) waren, en je moest dat bovendien doen, niet door ze uit je subjectieve duim te zuigen, maar door 'het systeem van de wet af te tasten'. Er zijn dan ook weinig Tilburgse alumni uit de school van Schoordijk die onder het aanroepen van de heilige Redelijkheid en Billijkheid voor het lidmaatschap van het Simplistisch Verbond gekandideerd hebben. Maar het kan niet ontkend worden dat het misverstand wijd verbreid is. De oorzaak is, meen ik, dat Schoordijk onvoldoende filosofische taal ter beschikking had en heeft om zijn inzichten in de methode van rechtsvinding los te weken van de methodologie in de alledaagse zin. Bij vragen in die richting wijkt hij steevast uit naar voorbeelden en demonstraties. Maar dat wil nog niet zeggen dat zijn inzichten op het niveau van die methodologie zijn blijven steken. Er ligt hier een uitdaging voor rechtsfilosofen om er een meer adequate taal voor te vinden. Op die manier kan blijken dat niet de praktische bruikbaarheid van een methode, maar de kennis-theoretische vooronderstellingen ervan ter discussie staan. Het gaat er niet om te kiezen wat juridisch het beste is: open normen of scherpe normen. Het gaat er om in te zien dat dit een inadequate tegenstelling is (die je overigens inderdaad niet kunt oplossen door het voegwoord 'en' met nadruk te gebruiken): de term 'open norm' behoort tot een heel andere categorie van denken dan de term 'vage norm'.

Beide opposanten maken, als ik het goed zien, een 'category mistake'. Barendrecht wil zijn methodologisch gelijk tot filosofisch inzicht opwaarderen, Van Dunné wil zijn filosofisch inzicht in een methodologisch gelijk uitbetaald zien. Het misverstand bij Barendrecht is ook dat bij Van Dunné: wat pogend filosofisch inzicht is wordt omgebogen tot een methodologisch-dogmatische richtingsstrijd. Het tragische bij Van Dunné is alleen dat hij zijn eigen inzicht op die manier om zeep helpt, terwijl Barendrecht dat van een ander onder de zoden schoffelt. Dat doet er weinig toe: masochisme en sadisme schijnen ook Siamese ondertonen te kunnen zingen. Hoe dan ook, Van Dunné is pas tevreden, zo blijkt telkens weer in zijn geschriften, als hij heeft aangetoond dat onrechtmatige daden, goed beschouwd, ook rechtshandelingen zijn, dat de Hoge Raad, goed beschouwd, ook normatief uitlegt, dat 'de praktijk', goed beschouwd, niets anders doet dan wat hij altijd heeft beweerd, en meer van dergelijke dingen. Kortom: Van Dunné heeft de kennelijke behoefte om filosofisch inzicht onmiddellijk te vertalen in een alternatieve dogmatiek, een alternatieve methodologie, een alternatieve rechtssociologie desnoods, als het maar niet gewoon blijft wat het is: filosofisch inzicht.

Behandeling

Het wordt tijd om dat inzicht aan het woord te helpen. Laten we om te beginnen de tekst van het debat naar een andere toonaard moduleren zodat hij anders gaat klinken. De derogatietheorie zegt eigenlijk: het recht gaat boven de wet, c.q. de overeenkomst. Zij bedoelt: het rechtvaardige recht gaat boven het gestelde recht. Dat klinkt sympathiek, ja zelfs lichtelijk revolutionair, in ieder geval anti-legalistisch. Het lijkt in de lijn te liggen van belangrijke ontwikkelingen in het privaatrecht sinds Lindenbaum-Cohen (1919): strijd met het recht in plaats van strijd met de wet; met verbrede opvattingen van de taak van het OM, samenhangend met de wijziging van art. 99 Wet RO in 1963: rechtshandhaving in plaats van wetshandhaving³; met de nadruk op ongeschreven,

maar evengoed geldende algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het administratief recht.⁴

Men kan deze sympathieke taal echter ook lezen met Kelsen's kritiek op het dualisme van macht en recht in het achterhoofd: wie het gestelde recht tegen het rechtvaardige recht uitspeelt, roept de vraag op wie de macht heeft om te bepalen dat het gestelde recht in naam van het niet-gestelde terzijde geschoven moet worden. Kelsen's diagnose van het feitelijk primaat van het machtsdenken dat uit dat dualisme voortkomt was een inspiratiebron voor de terminologie die ik mijn oratie⁵ heb proberen te ontwikkelen: de verhouding van stelbron en geldingsbron als mogelijke perspectieven of plaatsen om van gebondenheid uit overeenkomst te spreken.⁶

Volgens de derogatietheorie zijn stelbron en geldingsbron vaste en onderscheidbare plaatsen. Stelbron is wat partijen beoogden en wellicht gedaan hebben in feitelijke zin. Het is de kant van de wil die het recht maakt, althans wil maken: de kant van de macht. Het resultaat is de would-be overeenkomst. Die kant van de macht wordt gescheiden van de kant van het recht, het recht dat zijn hoogtepunt vindt in de billijkheid en daarmee mag beslissen over de uiteindelijke gelding van de gestelde overeenkomst. De rechter heeft toegang tot dat recht en schuift eventueel het overeengekomen, c.q. de wet opzij omdat zijn kennis van dit hogere

Hoe meer rechtsgeleerden er zijn die – al is het maar vijf minuten – een blik over de schutting van hun vakgebied werpen, hoe groter de geestelijke volksgezondheid in de betreffende samenleving.

recht dat vereist. De rechter is als het ware degene die het hogere standpunt vertegenwoordigt vanwaaruit stelbron en geldingsbron twee kanten van dezelfde medaille vertegenwoordigen en netjes op hun plaats blijven. De decisionistische implicaties hiervan kunnen verborgen blijven; want wie beslist over de uitzonderingstoestand heeft de criteria voor de goede redenen om een uitzondering te maken, in eigen hand. Hoe die rechter op zo'n hoge troon terecht is gekomen? Dat is nu precies het geniepige van filosofieën: die kunnen de zaak zo voorstellen alsof we met z'n allen niet anders *kunnen* denken.

De leer van de normatieve toerekening wijst op een zwakke plek in deze redenering. De aanspraak op gebondenheid is altijd een aanspraak vanuit de plaats *van de eerste persoon*, de plaats van een 'ik' of een 'wij'. Welnu, de plaats van de eerste persoon is nooit (per definitie nooit) de plaats vanwaaruit de aanspraak ook kan worden ingelost of geldig bevonden. Dat zou niet redelijk zijn. Ik bedoel: dat zou strijdig zijn met een heel elementaire en minimale betekenis van wat we onder 'redelijkheid' verstaan: niets is redelijk dat slechts zichzelf redelijk noemt. Een aanspraak op gebondenheid vestigen betekent minimaal: niet zelf ook nog eens de gronden willen bepalen waarop die aanspraak getoetst zal worden. Toetsing veronderstelt een instantie die ten opzichte van de eerste persoon op de plaats van de derde persoon staat: de plaats waar het 'ik' zelf per definitie niet is. Voor partijen die zichzelf dat standpunt van de eerste persoon moeten toeschrijven, is de plaats van de derde persoon: de wet, het objectieve recht, of (met

Eggers) de norm van zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer, hier toegespist op de zorgvuldigheid t.a.v. elkaars belangen. Dat betekent dus dat de wil, de wederkerige toezeggingen en instemmingen, ofwel de beloften van partijen voor die partijen steeds onder het voorbehoud van de wet staan en dat ze zich slechts in dat perspectief de vraag kunnen stellen: wat staat ons rechtens te doen? Maar dat is slechts één kant van het verhaal. Het houvast dat partijen in de wet behoren te vinden is er natuurlijk alleen maar als de wet gesteld wordt. De wet veronderstelt een wetgever die de wet stelt. Voor die wetgever echter is het stellen van de wet het vestigen van een aanspraak op gelding of bindendheid, het is een handelen dat t.a.v. de wetgever-zelf stelbron van gebondenheid is, zoals voor partijen het sluiten van een overeenkomst het stellen van gebondenheid is. Juist in de akte van het stellen van de wet is de wetgever voor zichzelf eerste persoon en moet hij op zoek naar de instantie van de derde persoon, dus naar redenen of gronden die de geldingsaanspraak kunnen toetsen, d.w.z. bevestigen of ontkennen, en waarover hij niet de uiteindelijke zeggenschap heeft. De wetgever staat niet voor de vraag: aan welk handelen in de samenleving zal ik nu eens juridische gebondenheid toerekenen; hij staat voor de vraag: aan welk handelen in de samenleving moet ik juridische gebondenheid toerekenen, wil ik redelijk handelen?

**Laten we in godsnaam voorkomen dat rechten-
studenten opgroeien met de gedachte dat ze
onder het slaken van de kreet 'redelijkheid en
billijkheid' het onrecht in de wereld te lijf kunnen
gaan.**

Het antwoord op die vraag kan niet gegeven worden door alleen maar termen als 'schade' of 'voordeel' of 'nadeel' in de mond te nemen. Die geven hoogstens aan dat verbintenissenrecht vermogensrecht is, of – politiek gezegd: dat wij leven in een 'property owning society' (Atiyah). Als het om schade, voordeel of nadeel gaat, verwachten we een onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig. Dat onderscheid is voor de wetgever alleen maar te maken in termen van wat mensen per se wél en wat ze per se niet willen. Ik zeg er uitdrukkelijk bij: voor de wetgever. Zonder verwijzing naar wat mensen willen in het maatschappelijk verkeer – het maatschappelijk verkeer waarin ze tegen elkaar opbotsen en het maatschappelijk verkeer waarin ze elkaar opzoeken – valt het criterium van zorgvuldigheid door de wetgever niet te stellen. Nu weet ik wel dat het in de rechtspraak gaat om mensen die iets verschillends willen en dat er dan een beslissing genomen moet worden. Maar – hoe banaal het misschien ook klinkt, dat is niet het probleem dat ik aan de orde heb gesteld. Mijn probleem is of we de feitelijke 'wil' filosofisch gesproken kwijt kunnen spelen of als een loutere feitelijke kunnen behandelen. En mijn antwoord is: neen, althans niet als het gaat om de vraag welke norm vanuit het standpunt van de wetgever heeft te gelden. Mijn idee komt er dus op neer, dat de twee waarden waar het in de discussie over gebondenheid uit overeenkomst altijd om gaat ('autonomie' van mensen in hun toezeggingen enerzijds tegenover wettelijk afgedwongen 'zorgvuldigheid' in het maatschappelijk verkeer anderzijds), niet vanuit hetzelfde standpunt bepleit

kunnen worden. Elk van de twee stellingen heeft een eigen standpunt. Maar juist omdat dat standpunt het punt van oorsprong is van waaruit de betreffende stelling zich ontvouwt, kan het standpunt niet zelf ook nog eens als argument, als criterium van redelijkheid, als norm voor een behoorlijke orde in het maatschappelijk verkeer, gebruikt worden door degene die zich op dat standpunt bevindt. Het perspectief van de eerste persoon is altijd het perspectief vanwaaruit redelijkheid slechts gesteld, nooit tegelijk gewaarborgd kan worden. Integendeel: wie redelijk wil zijn moet iets tegen zich laten gelden.⁷ Juist het tegenover-gestelde standpunt is dan 'de wet'. Bij datgene wat partijen willen is maatschappelijke zorgvuldigheid 'de wet'. Maar bij de instantie die over de maatschappelijke zorgvuldigheid waakt (de wetgever) is de wil van partijen juist 'de wet'. Geen van de twee standpunten kan zich zomaar tot spreekbuis van de andere opwerpen. Elk moet datgene wat voor de ander een standpunt is, tegen zichzelf als norm laten gelden en zo de normatieve betekenis van het eigen standpunt radicaal relativeren. Het eigen standpunt zal hoogstens een aanspraak kunnen zijn op een zekere rechtsgeldigheid, nooit een waarborg. Elk van die standpunten moet (als stelbron van gebondenheid) het tegenoverliggende standpunt (als geldingsbron van gebondenheid) als 'wet' erkennen. Noch de wil van partijen, noch de sociale wil van de wetgever kan zichzelf tegelijk als stelbron en als geldingsbron van gebondenheid beschouwen. Zij zijn beide, doch beurtelings: ten opzichte van elkaar, maar nooit tegelijkertijd.

Daarom zal de rechter de wil van partijen uiteindelijk mogen uitleggen als een op maatschappelijke zorgvuldigheid betrokken wil. Daarom zal hij de van hen geëiste zorgvuldigheid uiteindelijk mogen interpreteren als een ten gunste van hun belangen werkende eis. Partijen kunnen dus niet zomaar hun wederkerige toezegging en instemming bij voorbaat (dat wil filosofisch gesproken zeggen: enkel op grond van hun belang) tot geldend recht verklaren. Maar de wetgever kan dat evenmin met zijn algemene rechtsnorm.

De toerekeningsleer brengt het perspectivisme in de verhouding van stelbron en geldingsbron tot uitdrukking. Zij betekent een kritiek op het dualistische schema van gevestigd recht en hoger recht, op het verborgen legalisme ervan en op de a-politieke positie van de rechter als een 'pouvoir neutre'. Voor haar kan 'de wil van partijen' niets anders zijn dan het punt vanwaaruit een geheel van normaanspraken wil worden begrepen als een eenheid, zonder dat dit willen zelf tot rechtvaardigingsgrond van die normen kan worden uitgeroepen. De wil van partijen is vanuit het partijstandpunt zelf altijd een steeds verder te interpreteren geheel van min of meer op elkaar betrokken normstellingen. Op dit punt

3. Vgl. A.C. 't Hart, *Om het O.M.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976.

4. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken administratief recht*. 5e dr., 's-Gravenhage, VUGA, 1984, p. 62.

5. *Wet en belofte. Overdenkingen omtrent gebondenheid uit overeenkomst*. Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990.

6. Voor gebondenheid aan de wet geldt hetzelfde, zoals ik in mijn oratie betoog.

7. Wie de filosofische achtergrond van deze op zichzelf weinig zeggende frase interesseert, verwijs ik naar *Themis' terzijde. Omtrekken van rechtsfilosofie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990, hfst. 2.

beste is: open normen of scherpe normen. Het gaat er om in te zien dat dit een inadequate tegenstelling is.

geldt daarom de overeenkomst, gelijk de wet, niet naar redelijkheid, maar ten volle, zoals Schoordijk het treffend uitdrukt, en wel op grond van de wet. Maar het enige wat de wetgever kan te kennen geven is wat vanuit het standpunt van partijen gezegd kan worden over hetgeen de wetgever zegt over hun overeenkomst. Er is in dat opzicht geen wetgever achter de wet. Voorzover er 'achter' de wet iets is, is het precies datgene wat al 'vor dem Gesetz' was: de partijen en hun verhouding. Dat betekent niet dat partijen kunnen doen wat ze willen omdat de wet alleen maar hun spiegelbeeld weerkaatst. De wet geeft wel een spiegelbeeld, maar geen weerkaatsing, doch een vertekening. Hij daagt partijen uit de articulatie van hun verhouding in die bepaalde richting te buigen die zij naar de eigen aanspraak van dat discours als een redelijke zouden beschouwen. Wanneer partijen in die richting gaan, vinden zij soms mogelijkheden dat discours te relativiseren, zonder te hoeven leven met de pretentie, dat zij een alle taalgebondenheid overstijgende geldingsbron van recht gevonden hebben. Ze dienen zich vanuit hun specifieke situatie de vraag te stellen waar de instantie van 'de wet' naar verwijst. Dat wil bijvoorbeeld en met name zeggen, dat zij – naargelang de aard van de overeenkomst – als goede Kantianen zullen zoeken naar de veralgemeniseerbaarheid die aan de stelregel van hun handelen inzake hun belangenverstrengeling ten grondslag ligt; concreter bijvoorbeeld: naar informatie- en mededelingsplichten⁸, naar evenwicht in onderhandelingsposities en zelfs naar een zeker evenwicht in de waarde van de over en weer bedongen prestaties.⁹ De rechter is dan 'de mond van hun wet' – naar een goed en dikwijls misverstaan woord van Montesquieu. Het eerste echter wat die mond zou moeten toegeven en tot uitdrukking brengen, is hoezeer hij zelf verwekt is in de draden van een juridisch-dogmatisch discours.¹⁰

De wet zegt mij niet hoe ik met mijn overeenkomst moet omgaan, zoals de wet mij eigenlijk ook niet zegt hoe ik mij in het maatschappelijk verkeer moet gedragen, en zoals de wet mij ook niet zegt hoe ik mij moet verhouden tot de politieke orde waar toe ik behoort. De wet zegt dat ik dat respectievelijk moet doen 'te goeder trouw', 'zorgvuldig', 'met inachtneming van grondrechten', enz. Maar eigenlijk zegt de wet daarmee niet veel meer dan dat ik in al die contexten moet doen wat behoort. De wet zadelt mij op met de uitdaging om het taalweefsel of de discursieve structuren waarin ik als het ware verstrikt zit als ik mij afvraag wat ik behoort te doen, zózeer te ondervragen vanuit de redelijkheidsaanspraak die het zelf stelt, dat het enigermate doorzichtig wordt. Dat is de enige zekerheid die aan de wet ontleend kan worden.

Wordt een jurist hier in kantooruren wijzer van? Moet er nu iets 'methodologisch' dat vroeger niet moest? Worden er met mijn filosofisch gestotter betere echtscheidingsconvenanten gesloten, belastingsbesparingsadviezen gegeven, boeven gevangen en straffen uitgedeeld? Welnee! Wat rechtens is, dat laten de filosofen met een (on-)gerust hart aan de juristen over, want dat weten ze als filosofen toch niet. Filosofen menen alleen iets te begrijpen omtrent de redelijkheid van het recht als zodanig; en ze vermoeden dat juristen daar ook iets van begrijpen, zelfs als ze meedelen dat hen dat hoegenaamd niet interesseert. Het is dan van belang enig besef te krijgen van de meest pertinente termen waarin we over recht denken. Niet om ze vervolgens toe te passen, want dat doen we allang, maar louter en alleen om ze te noemen en ze op die wijze in onze maatschappij te berde te brengen. Het is van belang of we dat doen in dualistische termen, waarin recht tegen macht wordt uitgespeeld; of in dialectische termen (ikzelf preferer overigens een ander woord), waarin de onophefbare spanning tussen recht en macht wordt vruchtbaar wordt gemaakt. En als het debat dan per se moet worden gevoerd in termen van haringen en eksters, dan moeten we het wel goed doen. Het gaat er niet om hoe 'je' die twee uit elkaar kunt houden, maar hoe ze elkaar uit elkaar, d.w.z. van het lijf kunnen houden, beseffend dat er alleen haringen en eksters op de wereld zijn en dat welk recht dan ook uit een verhouding tussen haringen en eksters is ontstaan en zal ontstaan. Het gaat er niet om dat 'je' moet weten of je ze plankton of iets glimmends moet geven. Het probleem is dat haringen voldoende glimmen om voor eksters uiterst aantrekkelijk te zijn en dat ze dat ook nog verdraaid goed weten, terwijl aan de andere kant, gelijk bekend onder eksters, de haringen al eeuwenlang een geheime oorlog tegen die gauwdieven voorbereiden. Zo'n zin als waarmee Barendrecht in zijn schijnbare onschuld opent 'Neem een ekster' – die kan alleen van een haring komen. Eksters hebben daar een neus voor ... □

8. Vgl. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*. Zwolle, Tjeenk Willink, 1989.

9. De leer van het *iustum pretium* is onhoudbaar wanneer ze betekent dat de rechter van buiten af een oordeel mag laten gelden over de equivalentie van de over en weer bedongen prestaties. Veel minder bezwaarlijk wordt zij als men van de rechter verwacht dat hij die (on-) gelijkwaardigheid van prestaties betreft in zijn oordeel, bijv. mede tegen de achtergrond van de wijze waarop de betreffende overeenkomst is tot stand gekomen.

10. Vgl. ook Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht, over recht en antropologie*, dl. I, *Antropologie*, 4e opn. herz en verm. dr., Leuven-Amersfoort, Acco, 1990.